Der Irrtum des Anstifters über die Zurechnungsfähigkeit des Angestifteten

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Lothar Siegesmund

1929

Spezial-Druckerei für Dissertationen: Dr. Hermann Eschenhagen, Kommandit-Ges., Ohlau i. Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Heilborn.

Inhaltsverzeichnis.

Literatur-Verzeichnis.

Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. A., Heidelberg, 1922.

Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts, Berlin, 1926.

Aschrott-List, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Berlin, 1910, Bd. I.

Auerbach, Die Teilnahme in den Vorarbeiten zu einem neuen Strafgesetzbuch, Diss., Berlin, 1913.

Bauer, Die akzessorische Natur der Teilnahme, Diss., Göttingen, 1904.

Beling, Lehre vom Verbrechen, Tübingen, 1906.

Berolzheimer, Die akzessorische Natur der Teilnahme, Diss., 1909.

Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, II. A. Leipzig 1916, Bd. II.

v. Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme, Berlin, 1890.

v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen, Gießen, 1860.

Clementz, Mittelbare Täterschaft, Diss., 1922.

Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme, Düsseldorf, 1909.

Ebermayer, Reichsstrafgesetzbuch, 3. A., Berlin, 1925.

Endemann, Hetze als Gefährdungsproblem, Mannheim, 1924.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1904, Bd. I

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. A., 1926.

Fränkel, Der Einfluß persönlicher Umstände auf die Strafbarkeit der Teilnehmer, Diss., Würzburg, 1926.

Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Leipzig, 1891.

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin, 1922.

Gerland, Kritische Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfs 1919, Tübingen, 1921.

Gerland, Der Entwurf 1925, Allgemeiner Teil, Berlin, 1925.

Geyer, Ein Beitrag zur Würdigung der neuesten Ansichten über die Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe, G. A., Bd. 16.

Goetz, Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe, Diss., 1910.

Hälschner, System des Preußischen Strafrechts, Bonn, 1858, 1. Teil.

Heilborn, Der agent provocateur, Berlin, 1901.

Hergt, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, Heidelberg, 1909.

Hermes, Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, Diss., 1878.

Herzog, Der Vorsatz des Mittäters und des Gehilfen, Diss., Würzburg, 1909.

Hoegel, Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz, Z. St. W. 37.

Horn, Kausalitäts- und Wirkensbegriff, dessen empirische Feststellung und kriminalrechtliche Bedeutung 1897, G. S. 54.

Kohler, Studien aus dem Strafrecht, 190, Bd. I.

Köhler, Deutsches Strafrecht, Leipzig, 1917.

Kohlenberger, Anstiftung und intellektuelle Urheberschaft, Würzburg, 1924.

Langenbeck, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, Jena, 1861.

Lehmann, Jugendliche als Werkzeuge, Diss., Rostock, 1911.

Lirzt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. A., Berlin, 1927.

Loening, Grundriß zu Vorlesungen über Deutsches Strafrecht, 1885.

Loewenheim, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht, Diss., Halle, 1897.

Ludwig, Die Lehre von der Teilnahme und ihre Behandlung im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Breslau, 1927.

M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. A., Heidelberg, 1923.

Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, Leipzig, 1903.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. A., 1927.

Oppler, Die Teilnahme bei Unzurechnungsfähigkeit des Täters, G. S., Bd. 70, 1907.
Oppler, Teilnehmerschaft bei Unzurechnungsfähigkeit des Täters, D. J. Z. 1899.
Ortmann, Ueber die Fiktionen der Ursächlichkeit in der Lehre von der Teilnahme, 1876, G. S. 28.
Perten, Die Beihilfe zum Verbrechen, Breslau, 1918.
Petri, Die mittelbare Täterschaft, Breslau, 1911.
Rixius, Urheberschaft und Anstiftung, Diss., Würzburg, 1926.
Schaeffer, Die „mittelbare Täterschaft" nach den Beschlüssen des Strafrechtsausschusses des Reichstages, D. J. Z., 1928.
Scholz, Der Einfluß persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer, Diss., Wiesbaden, 1928.
Schönzeler, Das Problem der Teilnahme im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der letzten deutschen sowie ausländischen Strafgesetzentwürfe, Diss., Erlangen, 1926.
Schreiber, Täterschaft und Teilnahme, Breslau, 1913.
Singewald, Der agent provocateur, Breslau, 1908.
Stoll, Begriff und Umfang der akzessorischen Natur der Teilnahme, Diss., 1912.
Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904.
Wachenfeld, Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug, Z. St. W. Bd. 40, 1919.
Winter, Die mittelbare Täterschaft, Diss., Gelsenkirchen, 1917.
Wuttig, Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen, Breslau, 1902.
Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919, 2 Teile.
Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1913 und 1919, 3 Teile.
Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925, 2 Teile.
Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927.

Einleitung.

Die Lösung der Frage, welche strafrechtlichen Folgen der Irrtum des Anstifters über die Zurechnungsfähigkeit des Angestifteten zeitigt, ist auf die verschiedenste Art versucht worden.

Wir müssen, um es gleich voranzustellen, zwei Fälle unterscheiden:

1. Jemand stiftet tatsächlich einen Zurechnungsfähigen an, will aber einen Unzurechnungsfähigen, für den er den Angestifteten hält, zur Tat bestimmen.
2 Jemand veranlaßt tatsächlich einen Geisteskranken zur Tat, während er glaubt, einen zurechnungsfähigen Täter anzustiften.

Der Mehrzahl der Schriftsteller erschien für die Behandlung dieser Fälle ausschlaggebend ihre Stellungnahme zu den Teilnahmetheorien. Andere dagegen hielten für maßgebend die Grenzziehung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung, während einzelne wiederum in der Akzessorietät der Teilnahme den Schlüssel zur Lösung suchten. Damit ist auch zugleich der Gang dieser Arbeit angedeutet. Allerdings werden wir zunächst auf die Lehre von der Kausalität eingehen müssen, die mit Recht die wissenschaftliche Basis der Teilnahmelehre genannt worden ist. Im übrigen kann es sich hier natürlich nicht darum handeln, zu allen Kausalitäts- und Teilnahmetheorien Stellung zu nehmen oder sie auch nur aufzuzählen. Es soll vielmehr lediglich die dieser Arbeit zugrunde gelegte Ansicht eindeutig umrissen werden.

1. Hauptteil.

I. 1. Zur Lehre von der Kausalität.

Die Lehre von der Kausalität steht in einer doppelten Beziehung zur Teilnahmelehre. Die Ursächlichkeit des Tuns mehrerer Personen für einen bestimmten Erfolg ist die notwendige Voraussetzung für die Prüfung der Frage, ob diese Personen überhaupt an einem Verbrechen beteiligt sind. Außerdem aber ist[1] die Kausalität von Bedeutung für die Untersuchung zwischen Täter- und Teilnahmehandlungen.

Ein Teil der Kausalitätstheorien unterscheidet zwischen Bedingung und Ursache und bezeichnet nur eine einzige, durch bestimmte Merkmale gekennzeichnete Bedingung als Ursache. Die Autoren, die diese Anschauung vertreten, gehen von dem Satze aus, daß der philosophische Begriff der Ursache für die Zwecke der Strafrechtswissenschaft unbrauchbar ist. Meistens wird hierbei als sog. philosophischer Ursachbegriff die Formulierung von J. St. Mill hingestellt, daß Ursache die Gesamtheit aller Bedingungen sei, die zum Eintritt einer Veränderung in der Außenwelt erforderlich waren. Dabei sind sich aber diese Autoren[2] durchaus nicht darüber einig, welche Bedingung als Ursache angesehen werden muß. Die Folge sind ganz verschiedene Resultate. Betrachten wir im Einzelnen die Theorie von Birkmeyer, einem der bekanntesten dieser Autoren. Nach ihm ist Ursache die wirksamste Bedingung. Seine Theorie läßt aber einen exakten Maßstab vermissen, mittels dessen wir die besondere Wirksamkeit einer bestimmten Bedingung feststellen könnten. Ein solcher Maßstab kann aber auch garnicht gefunden werden; denn „der Begriff der Kausalität als Notwendigkeitsvorstellung ist nicht steigerungsfähig".[3] Tatsächlich läuft diese Theorie darauf hinaus, daß die Wirksamkeit einer Bedingung nach billigem Ermessen beurteilt wird.

---

1) v. Birkmeyer, S. 21 f.
2) Vgl. die Zusammenstellung bei Traeger, S. 115 ff.
3) Gerland S. 92 II, β.

Dem gegenüber steht die Ansicht, daß jede Bedingung Ursache sei, die nicht hinweggedacht werden könne, ohne daß nicht der Erfolg hinwegfiele.[4] Dieser Ansicht ist beizutreten. Die Aufgabe der Kausalitätstheorien besteht in der Beantwortung der Frage, wann zwei Ereignisse miteinander kausal verknüpft sind. Wenn wir dies nun feststellen, so bedeutet das keineswegs eine Einsicht in die Ursache als dynamischen Faktor. Es handelt sich vielmehr lediglich um den Schluß, daß mit einer gewissen Ursache ein bestimmter Erfolg notwendigerweise verknüpft ist. D. h. also: „Das Kausalitätsurteil ist das Urteil eines notwendigen Zusammenhanges." Es ist kein Zweifel, daß jede Veränderung in der Außenwelt des Zusammenwirkens verschiedener Tätigkeiten und Kräfte bedarf. Wenn nur eine davon wegfällt, so tritt der Erfolg nicht ein. Jede von ihnen ist also in gleicher Weise notwendig. Wenn nun das Kausalitätsurteil das Urteil eines notwendigen Zusammenhanges ist, so bedeutet das, daß jede dieser Tätigkeiten und Kräfte, jede dieser Bedingungen kausal gleichwertig, und demgemäß als Ursache anzusehen ist. Wenn wir die Gleichwertigkeit der Bedingungen im eben geschilderten Sinne begreifen, brauchen wir uns auch nicht mehr gegen M. E. Mayer[5] zu verteidigen, der es als einen Trugschluß ansieht, von dieser Gleichwertigkeit zu sprechen, es sei denn, daß man jede andere als eine kausale Bewertung ausschaltet. Im übrigen kann man ihm wohl zugeben, daß die allgemeine Bedingungstheorie von einem gewissen Standpunkt aus keine Kausalitätstheorie ist. Damit ist aber das Kausalitätsproblem nicht aus der Welt geschafft. Vor allem kann man das nicht dadurch tun, daß man wie M. E. Mayer[6] der Feststellung des Kausalzusammenhanges nur geringe Bedeutung deshalb beimißt, weil die subjektive Zurechnung ein ausreichendes Korrektiv der objektiven Zurechnung sei. Das ist ein gefährlicher Irrtum. Wie unsicher dieses Korrektiv ist, zeigt sich besonders bei den Fahrlässigkeitsdelikten. bei denen in der Praxis mitunter sowohl die objektive als auch die subjektive Zurechnung erhebliche Schwierigkeiten macht.

---

4) v. Buri, G.S. 29, S. 269 ff.
5) S. 139.
6) S. 141.

Als den durchgreifendsten Einwand gegen die Bedingungstheorie bezeichnet man häufig die Tatsache, daß sie bei den durch den Erfolg qualifizierten Delikten versagt. Der Vorwurf der Inkonsequenz trifft hier aber nicht die Kausalitätstheorie sondern das Gesetz. Es ist allerdings nicht richtig, wenn man auch in diesen Fällen die Bedingungstheorie konsequent zur Anwendung bringen will mit der Begründung, daß man sonst eine Aenderung des Gesetzes vornehmen würde, zu der nur der Gesetzgeber selbst berechtigt sei.[7] Diese Auffassung führt im Gegenteil zu der doch allgemein bekämpften Ansicht, daß die Gesetzesauslegung auf die Feststellung des Willens des Gesetzgebers zu beschränken sei. Die Rechtswissenschaft ist eben nicht nur dazu da, die Gesetze möglichst buchstabentreu auszulegen, sondern ihre Aufgabe ist auch, sie den veränderten kulturellen Anschauungen anzugleichen, falls es notwendig ist. Und wenn wir die Erfolgshaftung, die sich in den durch den Erfolg qualifizierten Delikten bis heute erhalten hat, als völlig unhaltbar ablehnen, so dürfen wir auch das Recht für uns in Anspruch nehmen, das Gesetz in diesen Fällen zu korrigieren. Das kann man dadurch tun, daß man hier die Theorie von der adäquaten Verursachung zur Anwendung bringt. Da diese Theorie aber objektive und subjektive Zurechnung vermengt, erscheint es mir wissenschaftlich einwandfreier, mit M. E. Meyer[8] die Verantwortlichkeit für den qualifizierenden Erfolg davon abhängig zu machen, daß er fahrlässig verursacht worden ist.

I. 2. Die Teilnahmetheorien.

Die Teilnahmetheorien[9] befassen sich mit dem wichtigsten Problem der Lehre von der Teilnahme, nämlich der Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme. Zwei Gruppen sind es vor allem, die sich gegenüber stehen: die subjektiven und die objektiven Theorien. Der wichtigste Vertreter der subjektiven Theorie ist von Buri,[10] der die Frage dadurch zu lösen glaubte, daß er zur Täterschaft den animus auctoris zur Teilnahme den animus socii forderte.

7) Liszt-Schmidt, S. 163.
8) S. 143.
9) vergl. insbes. die Kritische Darstellung bei Hergt.
10) Zur Lehre von der Teilnahme (1860), G.S. Bd. 90, S. 278 ff., G.A. Bd. 70 S. 233 ff.

Gegen die subjektive Theorie ist so oft schon und in so überzeugender Weise angekämpft worden,[11] daß eigentlich nur noch unklar ist, warum das R. G. noch immer hartnäckig an ihr festhält. Immerhin sei auch hier darauf hingewiesen, daß diese Theorie einmal undurchführbar ist, da sie kein Kriterium dafür gibt, wann animus auctoris oder socii vorliegt und daß sie außerdem zu höchst unbefriedigenden Resultaten führt, wenn ein Beteiligter, der nur in sehr geringfügiger Weise mitwirkt, wegen des animus auctoris dem Hauptbeteiligten gleichgestellt wird.

Im Gegensatz dazu gehen die sogenannten formal-objektiven Theorien[12] von den einzelnen Tatbeständen der Strafgesetze aus. Sie behandeln denjenigen als Täter, der den gesetzlichen Tatbestand eines Deliktes verwirklicht, während Teilnahme dann vorliegt, wenn die Strafbarkeit einer Handlung auf einer allgemeinen, die besonderen Tatbestände erweiternden gesetzlichen Vorschrift beruht. Wenn dieser Theorie ihren Grundgedanken nach auch beizustimmen ist, so reicht doch der Begriff der Tatbestandshandlung nicht aus, um in allen Fällen den Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme klarzustellen; denn die Fassung der gesetzlichen Tatbestände nimmt nicht immer Rücksicht auf die Teilnahmebestimmungen.

Andere objektive Theorien versuchen, die Verschiedenheit zwischen Täterschaft und Teilnahme auf kausaler Grundlage zu begründen. Sie finden in der Verschiedenheit der Bedingungen das unterscheidende Merkmal. Die Klippe für diese Theorien, die nach den jeweils vertretenen Kausalitätstheorien zu völlig verschiedenen Resultaten kommen, bildet die Tatsache der kausalen Gleichwertigkeit aller Bedingungen.[13] Es ist aber interessant, festzustellen, daß bedeutende Autoren dieser Richtung mit den formal-objektiven Theorien in deren Grundgedanken entscheidend übereinstimmen. So ist nach Birkmeyer Täter, wer die Ursache d. h. die wirksamste Bedingung des verbrecherischen Erfolges setzt, während der Teilnehmer nur untergeordnete Bedingungen setzt. Der Teilnehmer verursacht zwar nur einen Teil des Gesamterfolges, sein Verschulden erstreckt

11) vergl. insbes. die eingehenden Darlegungen von Heilborn, S. 31 ff.
12) vergl. die Literaturübersicht bei Perten, S. 8.
13) vergl. die Ausführungen oben unter I, 1.

sich aber auf den Gesamterfolg.[14] Das wesentliche Merkmal, das den Teilnehmer von dem Täter unterscheidet, ist jedenfalls seine geringere Wirksamkeit für den Erfolg. Daß und weshalb eine Unterscheidung von mehr oder weniger wirksamen Bedingungen wenigstens im Sinne Birkmeyers nicht möglich ist, ist schon oben unter I, 1 auseinandergesetzt worden. Jetzt kommt jedoch die überraschende Wendung: „Die den verbrecherischen Erfolg verursachende Handlung ist aber keine andere als die gesetzliche Tatbestandshandlung des konkreten Verbrechens."[15] Indem nämlich Birkmeyer damit die wirksamste Bedingung mit der Tatbestandshandlung gleichsetzt, kommt er zu derselben Unterscheidung wie die formal-objektiven Theorien.

Diese selbst hat zum Ausgangspunkt genommen Loening,[16] dessen Theorie im übrigen auf kausaler Grundlage beruht. Er unterscheidet zwischen direkter und indirekter Kausalität. Er spricht von Kollateralmitwirksamkeiten, wenn verschiedene menschliche Tätigkeiten als selbständige Kausalitäten in einem Erfolg zusammentreffen und von Deszendenzmitwirksamkeiten, wenn eine menschliche Tätigkeit durch eine weitere menschliche Tätigkeit auf einen Erfolg einwirkt. Die Bedingungen, die an sich gleichwertig sind, unterscheiden sich also nur durch die Richtung ihrer Wirksamkeit. Mittäterschaft stellt sich danach als Kollateralmitwirksamkeit dar: Mehrere menschliche Tätigkeiten wirken unmittelbar auf den Erfolg ein. Bewirkt aber eine Handlung als Deszendenzmitwirksamkeit den Erfolg, indem sie durch eine weitere vorsätzliche Handlung vermittelt wird, so liegt Teilnahme vor. Diese Theorie erscheint mir sowohl vom logischen als auch vom praktischen Standpunkt aus die brauchbarste. Zum Vorwurf gemacht wird ihr, daß sie die Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe auf ein zeitliches Moment abstelle und deshalb eine sukzessive Mittäterschaft nicht konstruieren könne.[17] Hergt schließt das unverständlicherweise aus der Forderung Loenings, die Tätigkeit des Mittäters müsse eine selbständige, nicht erst durch die Tätigkeit eines anderen hindurch gehende Kausalreihe auf den Erfolg hin eröffnet haben. Das bedeutet aber

14) L. v. d. Teiln. S. 125 f.
15) L. v. d. Teiln. S. 96 f.
16) §§ 76, II, 2, 78 II, 2 b.
17) Hergt, S. 112.

keineswegs, daß eine Tätigkeit, die einer anderen Tätigkeit zeitlich nachfolgt, im übrigen aber genau dieselbe direkte Richtung auf den Erfolg wie die andere Tätigkeit aufweist, die Mittäterschaftseigenschaft dieser Tätigkeit ausschließt. Deszendenzmitwirksamkeit ist doch nur dann vorhanden, wenn eine andere als die in Frage stehende menschliche Tätigkeit „den äußeren Naturkausalismus zur Erreichung des Erfolges in Bewegung setzt." Auf zeitliche Momente kommt es also nicht an. Gegen die praktische Brauchbarkeit der Theorie wendet sich besonders Perten.[18] So glaubt er, Götz, der die Theorie weiter ausgebaut hat, Unklarheit über ihre Durchführung nachweisen zu können. Goetz[19] hat nämlich in dem folgenden Fall: A hält das Opfer des Mordanschlags fest, B führt darauf den tödlichen Schlag, Mittäterschaft angenommen. Er begründet das damit, daß, wenn B ohne die Mitwirkung des A genau dieselbe Körpertätigkeit vorgenommen hätte, der Tod des Opfers nicht eingetreten wäre. Also habe A nicht die Handlung des B,. sondern deren Erfolg ermöglicht. Perten behauptet nun, daß Goetz auch in dem folgenden Beispiel: A reicht dem B sein Gewehr, B erschießt damit den C, konsequenterweise nicht Beihilfe, sondern ebenfalls Mittäterschaft annehmen müßte; denn hätte B ohne die Mitwirkung des A genau dieselbe Körpertätigkeit vorgenommen, was auch ohne Gewehr möglich gewesen sei, so wäre der Tod des C nicht eingetreten, Dieser Vorwurf ist insofern richtig, als die Begründung von Goetz zweifelslos mangelhaft ist. Er trifft aber nicht die Theorie; denn im ersten Falle hat A durch die unmittelbare Mitwirkung bei der Ausführungshandlung tatsächlich nicht erst die Handlung des B, sondern direkt den Erfolg ermöglicht. Im zweiten Falle ermöglicht A aber erst die Handlung, während der Erfolg unmittelbar nur durch B herbeigeführt wird.

Hier ist auch die Stelle, um das Problem von der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges im Verhältnis von der Täter- zur Teilnahmehandlung zu erörtern. Nach Ortmann[20] ist die Verursachung fremder Handlungen schlechthin unmöglich. Zu dieser Auffassung führt ihn sein Kau-

18) S. 29 ff.
19) S. 49.
20) Ortmann, Goltd. Archiv Bd. 23, S. 268 f.

salitätsbegriff. Ortmann unterscheidet nicht nur zwischen Ursache und Bedingung, er operiert auch noch mit dem Begriff der Veranlassung des Erfolges und stellt als wesentliches Merkmal des Ursachenbegriffs die relative Notwendigkeit des Erfolges auf. Die Tätigkeit des Teilnehmers ist nach ihm infolgedessen nicht als Ursache, sondern höchstens als Veranlassung des Erfolges anzusprechen und auch dies nur dann, wenn sie den Täter zu dessen Handlung erst bestimmte, in ihm den Beweggrund zu der von ihm begangenen Handlung erst hervorrief. Diese Begründung kann uns nach der hier vertretenen Auffassung vom Wesen der Ursache natürlich nicht überzeugen.

Nach Liszt[21] zwingt die Auffassung des St.G.B., die die Anstiftung und in ähnlicher Weise die Beihilfe nicht als intellektuelle Urheberschaft, sondern als Teilnahme an der Tat eines anderen bezeichnet, zu der Annahme der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, wenngleich er diese Formulierung wenig glücklich nennt. „Der Gesetzgeber erblickt also, den Teilnehmern gegenüber, in der Tat des Haupttäters, auch wenn der Tatentschluß durch einen Dritten hervorgerufen oder verstärkt war, stets den Eintritt einer neuen und selbständigen Kausalreihe." Dem ist jedoch zu erwidern, daß der Gesetzgeber den Kausalzusammenhang an sich völlig unberührt läßt. Er greift bei der Unterscheidung zwischen Teilnahme und Täterschaft lediglich in eine bestehende Kausalreihe ein und bezeichnet einen bestimmten Ausschnitt aus ihr als Täter- oder Teilnahmehandlung. Die Vorstellung von der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges bei der Betrachtung des Verhältnisses zwischen Anstiftung und Haupttat ist mit Recht lebhaft bekämpft worden. Ein vorhandener Kausalzusammenhang kann durch das Hinzutreten eines vorsätzlich Handelnden nicht unterbrochen werden, er unterliegt lediglich einer veränderten Würdigung durch das Gesetz. Treffend sagt M. E. Mayer,[22] daß die Haupttat den Kausalzusammenhang nicht unterbreche, sondern vielmehr vermittele, weil sie das Bindeglied zwischen der ihr vorausgehenden Anstiftung und dem Enderfolg sei.

---

21) v. Liszt, 18. Auflage, 1911, § 29, IV, S. 133. Anders jetzt Liszt-Schmidt, § 29, V, S. 159 f.
22) S. 155.

I, 3. Die mittelbare Täterschaft.

Der Begriff des mittelbaren Täters ist von Wissenschaft und Rechtsprechung als notwendige Ergänzung der Alleintäterschaft formuliert worden. Es kann jemand ein Delikt ohne jedes Hilfsmittel verüben, z. B. ein Sittlichkeitsdelikt, er kann sich aber auch bestimmter Mittel zur Ausführung bedienen. Er kann sich zu diesem Zwecke irgendwelcher Instrumente bedienen, sich Naturkräfte nutzbar machen, Tiere abrichten. Der Verbrecher kann aber einen Erfolg auch mit Hilfe der körperlichen Tätigkeit eines anderen Menschen bewirken. Wenn jemand einen anderen zu einem Verbrechen veranlaßt, der selbst vorsätzlich schuldhaft handelt und daher für die Tat selbst als Täter verantwortlich ist, so liegt der Fall der Anstiftung vor. Wie steht es aber, wenn jemand einen Menschen, der aus Rechtsgründen nicht Täter sein kann, veranlaßt, einen gesetzlichen Tatbestand zu verwirklichen? Nach der dieser Arbeit zugrunde gelegten Kausalitätstheorie, der allgemeinen Bedingungstheorie, ist derjenige Täter, der schuldhaft durch sein körperliches Verhalten eine Bedingung zum Erfolge gesetzt hat, diesen also verursacht hat. Diese Definition erfaßt aber auch denjenigen, der eine Bedingung zum Erfolge durch seine bestimmende Einwirkung auf einen anderen Menschen setzt, dem die Tat aus Rechtsgründen nicht zugerechnet werden kann. Er ist der sogenannte mittelbare Täter, der im übrigen dem unmittelbaren Täter rechtlich völlig gleich steht. Die Bezeichnung „mittelbarer Täter" „hebt nur die tatsächliche Besonderheit hervor, sie gibt an, warum der Passive Täter ist".[23] Abzulehnen ist daher der Begriff der „fingierten Täterschaft", den Birkmeyer aufgestellt hat.[24] Birkmeyer wird allerdings zu dieser Auffassung durch seine oben unter I, 2 abgelehnte Teilnahmetheorie gedrängt. Da er nämlich die wirksamste Bedingung, die nach seiner Auffassung für den Täter wesentlich ist, mit der Ausführungshandlung identifiziert, kann er denjenigen, der die Ausführungshandlung nicht selbst ausführt, sondern nur veranlaßt, als Täter nur fingieren. Dem gegenüber ist aber daran festzuhalten, daß der Veran-

23) M. E. Mayer, S. 376.
24) S. 102 f.

lassende als Täter nicht fingiert wird, sondern Täter ist, weil er durch seine Tätigkeit eine Bedingung = Ursache setzt. So macht auch Petri[25] in treffender Weise darauf aufmerksam, daß die Körperkräfte als solche strafrechtlich nur in sofern von Bedeutung sind, als ihre Auslösung durch einen rechtlich relevanten Willensentschluß in Frage kommt, und daß es daher für die Zurechnung des Erfolges unerheblich sei, ob durch eine geistige Einwirkung eigene oder fremde Körperkräfte betätigt werden. Die Haftung des mittelbaren Täters ist somit eine unmittelbare. „Sie bedarf nicht erst einer besonderen Vermittlung durch das logische Zwischenglied eines ausdehnend wirkenden Rechtssatzes.“[26]

Unrichtig ist es, die Frage der mittelbaren Täterschaft nur unter dem Gesichtspunkt einer bestimmten Teilnahmelehre zu prüfen; denn damit verwischt man die durch das Gesetz deutlich gezogenen Grenzen zwischen Täterschaft und Teilnahme. Gleichwohl muß aber natürlich die Auffassung der mittelbaren Täterschaft mit der jeweils vertretenen Teilnahmetheorie in Einklang stehen. Wenn oben unter I, 2 die Teilnahme als eine Tätigkeit bestimmt wurde, deren Wirkung auf den Erfolg durch eine weitere vorsätzliche Handlung vermittelt wird, so ist diese Definition durchaus vereinbar mit der Anschauung, daß Täter auch derjenige ist, der eine Ausführungshandlung zwar durch einen anderen setzen läßt, der aber nicht vorsätzlich schuldhaft handelt. Wenig empfehlenswert ist es, die Anstiftung theoretisch als mittelbare Täterschaft anzusehen. So sagt Petri:[27] „Durch Einwirkung auf den Anzustiftenden hat der Anstifter eine Bedingung zu dem vom Angestifteten herbeigeführten Erfolge gesetzt. Ohne die in ihm hervorgerufene Anreizung würde der verbrecherische Willensentschluß des Anzustiftenden nicht zur Existenz gekommen und der durch denselben herbeigeführte Erfolg nicht gezeitigt worden sein. Liegt sonach Kausalität vor, und ist außerdem sein Wille auf Herbeiführung des Erfolges gerichtet, so trifft auch für ihn der Satz zu, daß seine Mitwirksamkeit den ganzen Erfolg verursacht und die Haftbarkeit für den ganzen Erfolg

25) S. 13.
26) Nagler, S. 63, vergl. auch Binding, Grundriß, S. 151.
27) S. 19 f.

nach sich zieht. Nur die Auffassung des Gesetzes macht es uns also unmöglich, die Anstiftung positiv rechtlich als mittelbare Täterschaft zu bezeichnen.“ Es ist sicher, daß mittelbare Täterschaft und Anstiftung in ihrer kausalen Struktur übereinstimmen, nicht nur mit Rücksicht auf die Gleichwertigkeit der Bedingungen, sondern auch hinsichtlich der Tatsache der Veranlassung einer Ausführungshandlung. Im übrigen darf man aber nicht vergessen, daß die Wirksamkeit der Anstifterhandlung für den Erfolg im Gegensatz zu der des mittelbaren Täters abhängig ist von der Ueberwindung der Hemmungen, mit denen jeder vorsätzliche Täter vor der Tat zu kämpfen hat.

Was das Gebiet der mittelbaren Täterschaft anlangt, so müssen wir unterscheiden:

1. Welcher Personen kann sich der mittelbare Täter zur Herbeiführung eines deliktischen Tatbestandes bedienen?
2. Welche Verbrechen können in mittelbarer Täterschaft begangen werden?

Der mittelbare Täter kann zurechnungsunfähige Personen benutzen, er kann sich aber auch zurechnungsfähiger Personen bedienen, sofern diese nicht vorsätzlich handeln, sei es, daß Fahrlässigkeit oder aus irgend einem Grunde völlige Schuldlosigkeit vorliegt. Auf die letzteren einzugehen, würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausführen. Uns interessieren nur die zurechnungsunfähigen Mittelspersonen; denn nur bei ihnen ergibt sich für unser Thema die Frage der mittelbaren Täterschaft. Die Handlung dieser Personen, die entweder ganz durch einen fremden oder teils durch fremden teils durch eigenen Willensentschluß ausgelöst wird, ist als solche rechtlich unbeachtlich; denn hier fehlt dem Benutzten, da er nicht schuldfähig ist, auch die Möglichkeit vorsätzlich i. S. des Gesetzes zu handeln. Seine Tat gewinnt strafrechtliches Interesse erst durch das Willens- und Schuldmoment auf Seiten des mittelbaren Täters. Dieser ist für den verbrecherischen Erfolg schuldhaft kausal geworden und trägt daher die Verantwortung.[28] Die Zurechnungsunfähigkeit hat regelmäßig ihre Ursache in Geisteskrankheit. Gleichgestellt werden muß aber auch der Taubstumme gemäß § 58 St.G.B.

---

28) Das ist allgemein anerkannt: Liszt-Schmidt, § 50, 1 a, M. E. Mayer, S. 379, v. Birkmeyer, S. 120.

I, 4. Die Anstiftung!

a) Wesen der Anstiftung.

Anstifter ist, wer mit Erfolg einen anderen vorsätzlich veranlaßt, vorsätzlich strafbar zu handeln. Die Wirksamkeit des Anstifters für den Erfolg ist bedingt durch das Hinzutreten einer vorsätzlichen Verbrechenshandlung. Daraus ergibt sich, daß die Anstiftung nach der Auffassung des Gesetzes Teilnahme an der Tat eines anderen ist, daß sie also ihre Strafbarkeit aus dieser fremden Tat entlehnt. Abzulehnen ist daher die Auffassung, daß die Anstiftung Urheberschaft ist. Nach Binding[29] ist der mit Täterwillen handelnde Anstifter als mittelbarer Täter zu behandeln. Dagegen bezeichnet er den Anstifter, der, ohne Täterwillen zu besitzen, handelt, als Urheber und verselbständigt dadurch die Anstiftung. Abgesehen davon, daß diese Anschauung dem positiven Recht widerspricht, ist sie auch erkenntniskritisch nicht zulänglich; denn es dürfte noch kaum jemandem gelungen sein, klar zu erfassen, was Binding unter seinem „Täterwillen" versteht.[30] Wie ist aber mit dem Wesen der Anstiftung als Teilnahme an einer fremden Tat zu vereinbaren, daß sie in der Bestrafung der Täterschaft gleichgestellt wird? Das ergibt sich aus der besonderen Gefährlichkeit der Anstiftung. Indem der Anstifter einen anderen zur Begehung eines Verbrechens bestimmt, nimmt er nicht nur an dessen Tat teil, sondern macht auch diesen zum Verbrecher. „Indem der Anstifter die sozialethischen Regungen in der Brust des Angestifteten bekämpft, greift er an die Wurzeln, aus denen die Rechtsordnung entspringt und gefährdet dadurch mittelbar alle anderen Rechtsgüter. Die Anstiftung enthält somit neben einem Angriff auf das besondere Rechtsgut, das durch die Tat des angestifteten Täters verletzt wird, auch noch einen Angriff auf die Grundlagen der Rechtsordnung."[31]

Hinsichtlich des Grades des Verschuldens kennt das Gesetz nur vorsätzliche Anstiftung, obwohl fahrlässige Anstiftung begrifflich wohl denkbar wäre. Auf den Vorsatz des Anstifters im einzelnen wird noch weiter unten ein-

---

29) B.S. 71 Grundriß S. 148 ff.
30) vgl. Persen S. 154 ff.
31) Persen, S. 145.

zugehen sein. Was die Mittel der Anstiftung anlangt, so führt § 48 St.G.B. bestimmte Mittel nur beispielsweise an und erweitert sie durch die Anfügung einer Generalklausel auf alle denkbaren Arten der Einwirkung auf den Willen eines Dritten. Es kann also auch jemand, der schon bedingungsweise zur Ausführung einer Tat entschlossen war, zu dieser dadurch bestimmt werden, daß diese Bedingung von einem anderen erfüllt „und dadurch allein das jenige Ereignis hergestellt wird, ohne dessen Vorhandensein der Täter seiner eigenen Erklärung zufolge die Tat nicht verübt haben würde."[32] Ja, es kann sogar die Zusage der Begünstigung ausreichen, wenn sie für den Täter bestimmend wirkt.[33]

Um den Tatbestand der Anstiftung zu erfüllen, muß der Angestiftete erst durch den Anstifter zur Begehung des Deliktes veranlaßt worden sein. War der Täter schon vorher zur Tat entschlossen, so liegt versuchte Anstiftung vor. Diese ist jedoch straflos, da als Verbrechen oder Vergehen i. S. des § 43 St.G.B. nur die den Tatbeständen des besonderen Teils des St.G.B. entsprechenden Handlungen anzusehen sind. Zu beachten ist jedoch, daß die Anstiftung nicht schon dann entfällt, wenn schon vor der Tätigkeit des Anstifters beim Anzustiftenden eine allgemeine Geneigtheit zu verbrecherischem Handeln vorliegt. Nicht erforderlich ist, daß dem Angestifteten bewußt wird, daß er zu der von ihm zu begehenden Handlung angestiftet worden ist; denn er kann ja zu dieser auch in verschleierter Form bestimmt werden. Hieraus zieht Birkmeyer[34] zu Unrecht die Konsoquenz, daß Anstiftung auch zu fahrlässiger Täterschaft strafbar sei. Auch die dem Angestifteten als solche unbewußt bleibende Anstiftung muß jedenfalls in ihm den Entschluß zur Begehung des Deliktes hervorgerufen haben. Nun kann man aber weder entschlossen sein, fahrlässig zu handeln, noch ein Delikt fahrlässig zu begehen. Die herrschende Meinung nimmt daher auch an, daß es eine Anstiftung zum fahrlässigen Delikt nicht gibt.

32) G. A., Bd. 12, S. 574.
33) Allfeld, § 135, N 32.
34) S. 141; Olshausen, § 48, A. 14 und 18.

b) Die akzessorische Natur der Anstiftung.

Wir haben gesehen, daß die Strafbarkeit der Anstiftung als solcher vom Vorliegen einer sämtliche Verbrechensmerkmale erfüllenden Haupttat abhängig ist. Diese Abhängigkeit bezeichnet man als „akzessorische Natur" der Anstiftung. Die Behandlung dieser Akzessorietät ist wesentlich erschwert worden durch die Hineintragung des oben abgelehnten Begriffes der Urheberschaft in die Lehre von der Anstiftung. Auch über die Bedeutung und die Konsequenzen der Akzessorietät herrscht viel Unklarheit. Besonders verdient gemacht hat sich um die Klärung dieses Problems M. E. Mayer,[35] der begrifflich vier Stufen der Akzessorietät der Teilnahme je nach dem Grade der Abhängigkeit unterscheidet. Nach ihm kann die Bestrafung der Teilnahme davon abhängig sein, 1. daß der Täter einen gesetzlichen Tatbestand verwirklicht hat (minimal-akzessorische Form); das würde bedeuten, daß auch die Teilnahme an einer nicht rechtswidrigen Handlung strafbar ist. Eine Form der Akzessorietät, die also für das Strafrecht unbrauchbar ist, 2. daß der Täter einen gesetzlichen Tatbestand rechtswidrig erfüllt hat (limitiert-akzessorische Form), de lege ferenda wohl die beste Art der Akzessorietät, 3. daß der Täter einen gesetzlichen Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft erfüllt hat (extrem-akzessorische Form). Sie ist im St.G.B. verwirklicht; 4. von den persönlichen Eigenschaften des Täters, sodaß auch straferhöhende und strafmindernde Umstände nicht nur dem Täter, sondern auch dem Teilnehmer zugerechnet werden, (hyperakzessorische Form). Daß diese Art der Akzessorietät unserem St.G.B. fremd ist, wird wohl allgemein anerkannt, wobei als Beleg teilweise der § 50 St.G.B., teilweise die §§ 48, 49 in Verbindung mit dem § 51—54 St.G.B. herangezogen werden.[36] Man kann die Akzessorietät in der augenblicklich geltenden Form bedauern, aber man kann sie nicht abstreiten. Vor allem geht es nicht an, zu sagen, daß eine Akzessorietät für die Beziehungen zwischen Teilnehmer und Täter ebenso wenig konstruiert werden dürfe, wie für die Beziehungen zwischen Täter und Tat. Einmal formuliert man Begriffe nur für Bezie-

---

35) S. 391.
36) a. M. Oppler, G.S., Bd. 70, 387.

hungen, die irgend wie der Klärung bedürfen, und außerdem handelt es sich hier nicht um eine Konstruktion, sondern um eine Benennung tatsächlich vorhandener Beziehungen. Gegen den Begriff der akzessorischen Natur wird weiter geltend gemacht, daß man die Anstiftung ihre Strafbarkeit deshalb nicht einem fremden verbrecherischen Verhalten entlehnen lassen dürfe, weil der Anstifter für Entschluß und Tat des Angestifteten ursächlich geworden sei und den verbrecherischen Erfolg auch gewollt habe. Er sei deshalb nicht Teilnehmer an fremder Tat, diese sei vielmehr auch seine eigene. Diese Auffassung übersieht hartnäckig, daß das Gesetz die Wirkung der Kausalität bei der Anstiftung eben eingeschränkt hat.

c. Der Vorsatz des Anstifters.

Strafbar ist nur die vorsätzliche Anstiftung. Der Begriff des Vorsatzes ist verschieden bestimmt worden. Die Willenstheorie versteht unter Vorsatz das Wollen sämtlicher Verbrechensmerkmale, insbesondere des Erfolges. Nach der Vorstellungstheorie dagegen ist Vorsatz die eine Willensbetätigung begleitende Vorstellung des Erfolges. Wie so häufig dürfte die Wahrheit in der Mitte liegen. Der komplizierte Vorgang der Vorsatzbildung duldet weder eine Beschränkung nach der Willens- noch nach der Vorstellungsseite hin. Beide ergänzen und bedingen sich gegenseitig. „Der Täter hat sich den Erfolg vorgestellt und hat ihn gewollt d. h. die Erfolgsvorstellung hat den Täter zur Willensbetätigung bewogen."[37] Da die Streitfrage ohne praktische Konsequenzen bleibt,[38] erübrigt es sich, auf sie näher einzugehen. Zum Vorsatz gehört weiter das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Dieses Problem kann hier auch ausscheiden.

Als Erfolg der Anstiftung bezeichnet das Gesetz das Bestimmtsein eines anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung. Nach unserer Vorsatzdefinition hat der Anstifter die Vorstellung der Handlung, zu der er anstiftet, und will sie daher auch. Wenn wir näher zusehen, enthält der Vorsatz des Anstifters ein Doppeltes: Er umfaßt den bewußt rechtswidrigen Willen und die Vor-

37) M. E. Mayer S. 238 f.
38) Gerland, S. 100.

stellung, daß seine Tätigkeit den verbrecherischen Entschluß des anderen hervorrufe und daß der andere das Verbrechen begehe. Es ist demnach Nagler[39] insoweit beizupflichten, als er sagt: „Der Vorsatz zerfällt in zwei gleichwertige Teile: er enthält die Vorstellung vom unmittelbaren Erfolge der eigenen Bemühungen im Seelenleben des Anderen und weiterhin vom Erfolge dieser eigenen Tätigkeit in der Außenwelt — nach ihrem Durchgang durch das Willenssystem des Anderen". Dagegen braucht der Vorsatz des Anstifters sich nicht notwendigerweise darauf zu erstrecken, daß der Angestiftete das Verbrechen auch nach der Willensseite verwirkliche, wie Nagler meint. Das dürfte den Anstifter meistens wenig interessieren. Nicht jeder Anstifter ist Psychologe aus Beruf oder Neigung.

Für die Anstiftung sind also zwei Erfolge wesentlich: einmal, daß der Täter den verbrecherischen Entschluß faßt, außerdem, daß er ihn ausführt. Daraus kann man aber noch nicht folgern, wie M. E. Mayer[40] es tut, daß der Vorsatz des Anstifters inhaltsreicher ist wie der des Täters schlechthin: „Wie dieser bezieht er sich auf den tatbestandsmäßigen Erfolg, außerdem aber noch darauf, daß dieser Erfolg durch den in die Tat umgesetzten Entschluß des Adressaten herbeigeführt werde". Dieser Unterschied trifft doch höchstens auf den eigenhändigen Täter zu, nicht aber auf den fremdhändigen Täter. Was die für die Anstiftung charakteristischen Erfolge im Einzelnen anlangt, so steht die Ansicht, daß Erfolg der Anstiftung einzig und allein die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses in dem Angestifteten sei, daß sich also der Vorsatz des Anstifters darauf beschränke, wohl ziemlich vereinzelt da.[41] Die Ablehnung dieser Ansicht, die auf einer völligen Verkennung der akzessorischen Natur der Anstiftung beruht, bedarf keiner näheren Begründung. Wenn wir aber gesagt haben, daß der Vorsatz des Anstifters sich auch darauf erstreckt, daß der Täter die Tat ausführt, so ist damit noch nicht gesagt, wie weit diese Ausführung nach Vorstellung und Willen des Anstifters gehen muß, ob also mit anderen Worten diese sich auf die Vollendung oder nur auf den Versuch

39) S. 142.
40) S. 393.
41) Loewenheim, S. 19.

des Verbrechens beziehen müssen. Meistens wird hier angenommen, daß Erfolg der Anstiftung die strafbare Handlung in ihrer Vollendung sei. M. E. ohne zwingende Notwendigkeit. So sagt Heilborn[42] richtig: „Der Anstifter will in dem Anzustiftenden den Entschluß zur Begehung eines bestimmten Verbrechens hervorrufen ... Nun ist aber die Anstiftung ein Erfolgsdelikt in dem Sinne, daß sie strafrechtlich erst bedeutsam wird, wenn zu ihrem begrifflichen auch vom Gesetzgeber m. E. anerkannten Erfolge noch ein weiterer Erfolg, ein strafbares Handeln des Angestifteten, — hinzutritt. Demnach ist anzunehmen, daß der Anstifter auch dieses Handeln in seinen Vorsatz aufnehmen muß. Er will nicht nur den Entschluß, sondern eine Tätigkeit; er muß sie wollen. Aber nicht mehr, nicht den durch diese Tätigkeit herbeigeführten Erfolg ... Der weitere Erfolg der Anstiftung fällt zwar zeitlich mit dem Erfolg der Täterhandlung zusammen. Aber nur deren Beginn gehört notwendig zum Tatbestand der Anstiftung; und zwar nicht, weil er begrifflich das Wesen der Anstiftung ausmachte, sondern weil dieselbe ein Erfolgsdelikt ist. Der Erfolg besteht darin, daß der Täter handelt, nicht, daß er vollendet. Demnach muß der Anstifter das Handeln des Täters, nicht die Vollendung seiner Handlung wollen". Rixius[43] glaubt diese Auffassung damit ablehnen zu können, daß er sagt, es gebe kaum einen Anstifter, der einen derartig gestalteten Vorsatz in sich trüge. Daß es einen solchen gibt, beweist der Fall des „agent provocateur". Im übrigen sagt Heilborn auch keineswegs, daß ein so geformter Vorsatz häufig vorkommt. Darauf kommt es nämlich garnicht an. Wenn man eine Begriffsbestimmung gibt, darf man nicht nur die regelmäßig vorkommenden Fälle, sondern muß alle möglichen Fälle berücksichtigen. Daß sich der Vorsatz auf den Versuch bezieht, ist natürlich nur ein Minimum, aber ein zugleich ausreichendes Minimum an Erfolgsvorstellungen und Erfolgswillen im Anstifter. Daß ein so gestalteter Vorsatz genügt, beweist auch die einfache Ueberlegung, daß der Versuch eine tatbestandsmäßige Handlung ist. Jede tatbestandsmäßige Handlung ist aber zur Anstiftung geeignet.

42) S. 87 f.
43) S. 25.

II. 2. Hauptteil: Der Irrtum des Anstifters über die Zurechnungsfähigkeit des Angestifteten.

1. Objektiv vorliegende Anstiftung.

Die vorstehenden Ausführungen ermöglichen es nun, an die Untersuchung der beiden Fälle, die unser Thema umfaßt, im Einzelnen heranzugehen. Aus Gründen der stofflichen Gliederung empfiehlt es sich, die beiden Fälle nicht zusammen zu behandeln, indem man nach den einzelnen zugrunde gelegten Theorien gliedert, sondern die zwei Fälle getrennt zu prüfen.

In dem ersten Falle:

Jemand bestimmt tatsächlich einen Zurechnungsfähigen zur Tat, will aber einen Zurechnungsunfähigen, für den er den Angestifteten hält, zur Tat veranlassen, ist unstreitig der objektive Tatbestand der Anstiftung erfüllt und der Angestiftete als Täter zu bestrafen. Außer Zweifel steht, daß dem Anstifter hier ein Irrtum unterlaufen ist. Zwei Fragen sind nun zu beantworten:

1. Was ist der Gegenstand des Irrtums?
2. Was für Folgen hat dieser Irrtum?

Birkmeyer[44] bezieht den Irrtum auf die Kausalität. Da er seine Teilnahmelehre auf der Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung aufbaut, glaubt er sich zu der Folgerung genötigt: „Glaubte und beabsichtigte jemand zu verursachen, also Täter zu werden, während er in Wahrheit nur eine Bedingung setzte, so hat er von Anfang an nicht mit dem oben in § 61 geschilderten Teilnehmerdolus gehandelt, kann also auch als Teilnehmer überhaupt nicht gestraft werden." Birkmeyer kommt schließlich zu völliger Straflosigkeit des Anstiftenden.[45] Mit Recht ist gesagt worden, daß solche Prinzipien in die Praxis umgesetzt zu unerträglichen Resultaten führen. Den Gegenstand des Irrtums kann man in der Kausalität nur finden, wenn man die Gleichwertigkeit der Bedingungen leugnet, was wir oben abgelehnt haben. Birkmeyer glaubt aber zu Unrecht, daß seine Kausalitäts- und Teilnahmetheorie die Bestrafung als Teilnehmer notwendigerweise ausschließe. Wenn man Ur-

44) S. 132 f.
45) so auch Berolzheimer, S. 33 f., ohne Begründung.

sache und Bedingung in seinem Sinne unterscheidet, bleiben sie trotzdem beide „kausale Antezendentien des Erfolges.“ Man müßte dann logischerweise zu dem Resultat kommen, daß ein Vorsatz, der auf das Setzen der wirksamsten Bedingung gerichtet ist, einen Vorsatz in sich schließt, der sich auf eine geringfügigere Bedingung erstreckt[46]. Die Fehlerhaftigkeit der Birkmeyerschen Beweisführung springt ins Auge, wenn man ihn sagen hört: „Der Fall reduziert sich vielmehr einfach darauf, daß jemand, der eine Ausführungshandlung vornehmen wollte, nur eine Vorbereitungshandlung vorgenommen hat“. Und die Tatsache, daß der objektive Tatbestand der Anstiftung jedenfalls erfüllt ist, darf man ignorieren?

Wuttig[47] hält eine Bestrafung wegen Anstiftung deshalb für unmöglich, weil der Vorsatz des Teilnehmers die Vorstellung in sich schließe, daß seine Tätigkeit für den Verbrechenserfolg durch Täterhandlungen anderer Personen vermittelt werde. Den Beweis für diese Behauptung bleibt er uns aber schuldig. Es ist sicher einzuräumen, daß der Teilnehmervorsatz regelmäßig diese Vorstellung umfaßt. Daraus allein kann man aber noch nicht schließen, daß sie für den Teilnehmervorsatz auch wesensnotwendig ist. Wuttig zieht daher Bestrafung wegen versuchter Täterschaft in Betracht.[48] Der Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, ist ohne Frage vorhanden. Wo bleibt aber seine Betätigung durch Handlungen, die einen Anfang der Ausführung des nicht zur Vollendung gelangten Verbrechens enthalten, wie es § 43 St.G.B. erfordert? Hier liegt nicht nur ein Mangel am Tatbestand vor, sondern wir stehen vor einem mangelnden Tatbestand. Daß die Tätigkeit unseres Verbrechers keine teilweise Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 43 St.G.B. darstellen kann, ergibt sich aus der einfachen Ueberlegung, daß ein und dasselbe Verbrechen, das einzige, das hier in Frage kommt, totaliter von dem vorsätzlich handelnden Täter verwirklicht worden ist. Versuch ist neben vollendeter Täterschaft nur in der Form von Mittäterschaft oder Nebentäterschaft möglich. Auch Ebermayer[49] spricht dem Anstiftenden

46) Vergl. Hergt, S. 104, letzter Absatz.
47) S. 108 ff.
43) ebenso Horn, S. 651 f., G.S., Bd. 54, S. 376, teilweise auch Schönzeler, S. 30.
49) S. 239, e.

den Anstiftungsvorsatz ab, weil die Erzeugung eines verbrecherischen Entschlusses fehle. Ueberraschenderweise folgert er nun weiter: „Aber er hat Verursachungsvorsatz und bleibt daher mittelbarer Täter, auch wenn dieser (d. h. der Angestiftete) selbständiger Täter war.“[50] Eine merkwürdige Verkennung des Begriffes der mittelbaren Täterschaft, für deren Annahme im einzelnen Fall doch unbestritten unerläßliche Voraussetzung ist, daß der unmittelbar Handelnde nicht vorsätzlich gehandelt hat. Hier treffen die Worte zu, die zu Unrecht bei der Untersuchung, ob Anstiftung vorliegt, gesagt worden sind: „Durch die Gunst des Zufalls, wie so oft im Criminalrecht, ist dem zur eigenen Ausführung Entschlossenen die eigene Verantwortlichkeit teilweise von dem frei hinzutretenden Urheber abgenommen worden.“ Da der objektive Tatbestand des Versuchs nicht erfüllt ist, kann man eben nicht wegen mittelbarer Täterschaft bestrafen.

Es bleibt jetzt nur noch übrig, den vermeintlichen mittelbaren Täter wegen Anstiftung zu bestrafen, was auch die überwiegende Mehrzahl der Autoren angenommen hat. Es fragt sich allerdings, wie man es begründet. Eine Anzahl Schriftsteller lassen garnicht erkennen, wie sie zu ihrer Ansicht kommen.[51] Andere[52] begründen ihre Auffassung damit, daß sie sagen, der Anstifter, der hier zu verursachen glaube, wolle in der Ursache auch eine Bedingung setzen, habe deshalb also auch Anstiftervorsatz. Da wir eine Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung abgelehnt haben, können wir diese Begründung nicht anerkennen. Unverständlich bleibt, warum nach Singewald eine Bestrafung nicht möglich sein soll, wenn der unmittelbar Handelnde, zwar zurechnungsfähig ist, aber nur fahrlässig handelt, und das Gesetz nur das vorsätzliche Delikt unter Strafe stellt. Eine Bestrafung wegen Anstiftung kommt hier allerdings nicht in Frage. Dagegen kann aber eine Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft nach den Ausführungen im ersten Hauptteil nicht die geringsten Schwierigkeiten machen.

---

50) Zu demselben Resultat gelangt, wenigstens teilweise, Binding, Normen, 2, S. 894, der aber noch zwischen Täter- und Urheberwillen unterscheidet und bei Vorhandensein des letzteren Bestrafung wegen Anstiftung in Ermangelung eines Anstiftervorsatzes wie die vorhergehenden Autoren ablehnt.
51) Rixius, S. 57, Allfeld, S. 215.
52) Singewald, S. 72, Hergt, S. 104 f.

Wachenfeld[53] wiederum kommt dadurch zur Anstiftung, daß er den Anstiftervorsatz aus dem Tätervorsatz nach dem Grundsatz in maiore minus entnimmt. Es mag dahingestellt bleiben, inwiefern der Tätervorsatz sich grundsätzlich von dem Anstiftervorsatz unterscheidet. Die Entscheidung dieser Frage ist für unsere Frage, wie wir gleich sehen werden, unerheblich. Keinesfalls kann man aber sagen, daß der Anstiftervorsatz dem Tätervorsatz gegenüber begrifflich ein „Weniger" sei. Worin soll sich dieses „Weniger" zeigen: Im Umfang des Vorsatzes oder in den Motiven, dem Interesse an der Tat? Es wird wohl niemand bezweifeln, daß der Anstifter häufig ein weit größeres Interesse an der Begehung der Tat hat, als der Täter. Was aber den Umfang des Vorsatzes anlangt, könnte man m. E. mit größerer Berechtigung sagen, daß der Vorsatz des Anstifters inhaltsreicher ist, als der des Täters, wie M. E. Mayer lehrt.[54]

Alle diese Ansichten, sei es, daß sie den Gegenstand des Irrtums in der Kausalität, sei es, daß sie ihn in der Akzessorietät suchen, übersehen offenbar, was primär der Irrtumsgegenstand des Anstiftenden ist. Wenn jemand einen Zurechnungsfähigen zur Tat bestimmt, dabei aber glaubt, er habe es mit einem Zurechnungsunfähigen zu tun, so macht er sich eben über die Zurechnungsfähigkeit des Mitwirkenden eine falsche Vorstellung. Welches ist nun die rechtliche Bedeutung der Zurechnungsunfähigkeit? Aus dem Wesen der Zurechnungsfähigkeit als „normaler Motivierbarkeit"[55] folgt, daß mit ihrem Fehlen auch der schuldhafte Charakter einer Tat, die Verantwortlichkeit für sie entfällt. Der Gegenstand des Irrtums in unserem Falle ist also die Verantwortlichkeit des Mitwirkenden. Was die rechtlichen Folgen der Zurechnungsunfähigkeit anlangt, so ergibt sich aus der akzessorischen Natur der Teilnahme, daß eine strafbare Teilnahme dritter Personen an der Tat eines Zurechnungsunfähigen, abgesehen von Ausnahmebestimmungen,[56] nicht möglich ist. Das ist wenig bestritten. Welches sind nun die Folgen des Irrtums in unserem Falle? In

53) S. 131 f. Mit ihm auch Frank, S. 100, Beling, S. 398, der von einem plus-minus-Verhältnis spricht, Schreiber, S. 24 f. und Fränkel, S. 41 f.
54) Vgl. oben unter I, 4, c.
55) Gerland, S. 76, Liszt-Schmidt, S. 226 spricht von „normaler Determinierbarkeit".
56) So § 4 J. G. G.

der Vorstellung des Anstiftenden bewirken sie, daß er fälschlicherweise glaubt, sich eines schuldunfähigen Werkzeuges zu bedienen, d. h. also, als mittelbarer Täter zu handeln. Daß es nicht möglich ist, mittelbare Täterschaft anzunehmen, auch nicht versuchte mittelbare Täterschaft, ist schon weiter oben begründet worden. Der Irrtum führt daher in der Vorstellung des Handelnden zu einer „fehlerhaften rechtlichen Konstruktion".[57] Es fragt sich weiter, welche Bedeutung ihr zukommt. Der Irrtum ist begrifflich der Mangel einer richtigen Vorstellung, sei es, daß dieser auf dem Falschwissen, sei es, daß er auf dem Nichtwissen eines bestimmten Umstandes beruht. Seine strafrechtliche Bedeutung ist im § 59 St.G.B. verankert. Danach ergibt sich, daß der Vorsatz ausgeschlossen wird: 1. Durch die irrtümliche Nichtannahme eines Tatbestandsmerkmales oder Strafschärfungsgrundes, 2. durch die irrige Annahme, zur Begehung einer Handlung berechtigt zu sein. Alle anderen Irrtumsfälle berühren den Vorsatz nicht. In Frage käme hier also nur ein Irrtum über Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören. Auch ohne auf die schwierigen Fragen, was unter diesen Tatumständen zu verstehen ist, einzugehen, bedarf die Behauptung, daß die Verantwortlichkeit des Mitwirkenden in unserem Falle kein solcher Tatumstand ist, wohl keines Beweises: Die Verantwortlichkeit des Täters ist ja die Beziehung zwischen seiner Persönlichkeit und dem durch ihn verwirklichten Tatbestand mit seinen näheren Tatumständen. Der Irrtum des Anstiftenden ist also irrelevant. Zu demselben Resultat kommt man auch, wenn man von einem allgemeinen Grundsatz der Irrtumslehre ausgeht. Ein Irrtum kann überhaupt nur dann für die Prüfung der Frage, ob er strafrechtlich relevant ist, in Betracht kommen, wenn er für das Handeln des Täters ein Gegenmotiv hätte werden können. Das ist aber beim Irrtum über die Verantwortlichkeit des Mitwirkenden nicht der Fall; der Anstiftende bleibt immer verantwortlich für die Tat, mag der unmittelbar Handelnde verantwortlich sein oder nicht. Er ist entweder Anstifter oder mittelbarer Täter, und sein Tun fällt sogar in jedem Falle unter denselben Strafrahmen. Daß der Vorsatz des Anstifters bezw. seine Erfolgsvorstellung durch seinen Irrtum in keiner Weise

57) M. E. Mayer, S. 394.

beeinflußt wird, ergibt sich außerdem aus unserer Definition des Anstiftervorsatzes. Dieser bezieht sich nur darauf, daß der Angestiftete tätig wird. Es ist also völlig unerheblich, ob er den Täter für zurechnungsfähig hält oder nicht. Es läßt sich auch noch folgendes anführen: Alle Irrtumsfälle, durch die der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird, müssen zugleich auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausschließen, und zwar entweder hinsichtlich des ganzen Delikts oder einer besonderen Qualifikation desselben. Diese Qualifikation kann natürlich nur als eine solche verstanden werden, die sich in Tatbestandsmerkmalen ausdrückt. Unser Anstifter muß aber seine Handlungsweise in jedem Falle für pflichtwidrig halten, ob er sich nun eines Zurechnungs- oder Zurechnungsunfähigen bedient. So sagt auch M. E. Mayer[58] zutreffend, „daß der Irrtum ebensowenig bedeutet, wie wenn ein angeheiterter Verbrecher sich für sinnlos betrunken oder ein schwer betrunkener sich für nüchtern gehalten hat". Wir kommen also zu dem Resultat, daß der Anstiftende trotz seines Irrtums über die Verantwortlichkeit des tatsächlich zurechnungsfähigen Angestifteten wegen Anstiftung zu bestrafen ist.[59] Daß im übrigen sämtliche objektiven Theorien zu demselben Ergebnis gezwungen sind, wenn sie ihrem leitenden Grundsatz treu bleiben wollen, betont Liszt-Schmidt; „Maßgebend muß vom Standpunkt der objektiven Teilnahmetheorie sein, daß die Anwendbarkeit der einen oder anderen Erscheinungsform des Verbrechens (Täterschaft oder Teilnahme) nicht vom subjektiven Meinen der Beteiligten abhängig sein kann." Diese Auffassung in Verbindung mit unserer Definition des Anstiftervorsatzes kann der Lösung des Falles auch bei den Sonderdelikten keine Schwierigkeit machen; diese sind genau so zu behandeln, wie alle anderen Delikte. Die abweichenden Resultate Naglers[60] erklären sich daraus, daß er beim Anstifter zwischen Urheber- und Gehilfenwillen unterscheidet. Daß es nicht angeht, dieser Unterscheidung rechtliche Relevanz zuzusprechen, ergibt sich begrifflich daraus, daß sich der gesetzliche Anstiftungsvorsatz[61]

58) S. 394.

59) Vgl. Liszt-Schmidt, S. 315 f., § 50 A. 2, Gerland, S. 145, § 52 III, 2, Petri, S. 58 f., Kohlenberger, S. 59 f., Scholz, S. 3 f., Winter, S. 29 f.

60) S. 149 f.

61) Vergl. die Ausführungen unter I, 4, c.

dieser Unterscheidung entzieht, außerdem praktisch aus der Unmöglichkeit einer reinlichen Scheidung zwischen Urheber- und Gehilfenwillen beim Anstifter.

II, 2. Objektiv vorliegende mittelbare Täterschaft.

Der zweite Fall, den unser Thema umfaßt, lautet:

Jemand veranlaßt tatsächlich einen Unzurechnungsfähigen zur Tat, während er glaubt, einen zurechnungsfähigen Täter anzustiften.

Der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des „Anstifters" und dem eingetretenen Erfolge steht fest. Es fällt sofort ins Auge, daß die objektiven Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft erfüllt sind. Wie steht es mit dem subjektiven Tatbestand? Wir haben dieselben Fragen zu stellen wie im ersten Fall, nämlich nach Gegenstand und Folgen des Irrtums.

Für uns kann die Lösung dieses Falles keine Schwierigkeiten mehr bieten. Gegenstand des Irrtums ist wie beim ersten Falle die Verantwortlichkeit des Mitwirkenden. Seine Folge ist die fehlerhafte Vorstellung, Anstifter zu sein. Der Irrtum über die Zurechnungsfähigkeit berührt aber weder den Vorsatz noch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Da die objektiven Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft erfüllt sind und sowohl eine vorsätzliche als rechtswidrige Handlung vorliegt, ist der die Tat eines Unzurechnungsfähigen Veranlassende wegen mittelbarer Täterschaft zu bestrafen.[62]

Die Ansichten der verschiedenen Autoren weichen aber in diesem Falle noch mehr voneinander ab, als beim ersten Fall. Einzelne Autoren gelangen auch hier zur völligen Straflosigkeit des „Anstifters".[63] So hält Heilborn[64] es zunächst für ungerecht, hier wegen mittelbarer Täterschaft zu strafen; denn „die Schlechtigkeit des Anstifters ist zwar die gleiche, ob er den Anzustiftenden mit Recht oder irrtümlich für zurechnungsfähig hielt; sie ist aber in beiden Fällen verschieden von der des mittelbaren Täters, welcher sich im vollen Bewußtsein eines Unzurechnungsfähigen bedient.

---

62) Derselben Ansicht sind Allfeld, S. 215, Liszt-Schmidt, S. 315 A. 2, M. E. Mayer, S. 393, Clementz, S. 32, Petri, S. 61, Kohlenberger, S. 39 f., Rixius, S. 57, Gerland, S. 145 Finger, S. 336, Fränkel, S. 41 f., Scholz, S. 3 f., Winter, S. 29 f.

63) ohne nähere Begründung Beling, S. 398, Singewald, S. 72.

64) S. 76 f.

Daß der Anstifter sich hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit des Anzustiftenden getäuscht hat, ist ein Glücksfall. Wollte man ihn so behandeln, als habe er um die Unzurechnungsfähigkeit desselben gewußt, so würde man ihm einen Umstand zurechnen, den er nicht gekannt hat". Die Frage nach der Schlechtigkeit des Verbrechers findet aber hinreichende Berücksichtigung bei der Strafzumessung, sie kann bei der Subsumierung unter eine bestimmte Begehungsart des Verbrechens keine Rolle spielen. Was die Unkenntnis der Zurechnungsfähigkeit anlangt, so hängt ihre Zurechnung, wie am Ende des vorigen Abschnittes ausgeführt ist, davon ab, ob es sich um einen Tatumstand im Sinne des § 59 St.G.B. handelt. Das ist aber dort verneint worden. Es trifft allerdings zu, daß man das Problem nicht durch Vergleichung des mittelbaren Täters mit dem Anstifter lösen kann. Die Identifizierung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft ist schon oben unter I,3 abgelehnt worden. Da wir dort aber auch die Definierung der mittelbaren Täterschaft als fingierter Täterschaft abgelehnt haben und vielmehr die mittelbare Täterschaft als echte Täterschaft betrachten, so können wir das Problem auch nicht durch Gegenüberstellung des Anstifters und des physischen Täters lösen, wie Heilborn es tut. Zu demselben Resultat, nämlich der Straflosigkeit, kommt das R.G.,[65] das von der Beihilfe ausgeht: „Wenn der Unterstützende den Zustand des Unzurechnungsfähigen nicht kennt, so ist es möglich, daß auch von Urheberschaft nicht gesprochen werden darf, weil er weder die Haupttat selbst ausführt, noch mit dem Vorsatze handelt, sie als seine Tat zu begehen, sondern nur die Tat des Andern befördern will". „Die gleichen Grundsätze sind anzuwenden bei Anstiftungen zur „Tat" eines Unzurechnungsfähigen". Daß unser „Anstifter" die Haupttat nicht selbst ausführt, hat er mit allen mittelbaren Tätern gemeinsam. Wenn das R.G. weiter sagt, daß er nicht mit dem Vorsatz handelt, das Verbrechen als seine Tat zu begehen, so kann es sich dem Verdacht nicht entziehen, daß es das Interesse an der Tat mit dem Vorsatz vermengt. Sagen will das R.G. damit jedenfalls, daß der einen Unzurechnungsfähigen Veranlassende in unserem Falle nicht mit Tätervorsatz handelt. Daß der Irrtum über die Zu-

65) Bd. 11, S. 21, Bd. 18, S. 419, Bd. 40, S. 21, Bd. 42, S. 151.

rechnungsfähigkeit eines Mitwirkenden den Vorsatz nicht beeinflußt, ist schon im vorigen Abschnitt begründet worden. Man darf von dem Verbrecher keine juristischen Begriffsvorstellungen verlangen. Der Vorsatz wird lediglich durch Irrtümer im Sinne des § 59 St.G.B. ausgeschlossen. Völlig irrelevant ist es, ob der Verbrecher sich für einen Anstifter oder Täter hält. Das ist genau so unerheblich, wie wenn jemand, der eine Urkundenfälschung begeht, glaubt, einen Betrug zu verüben. Auf Straflosigkeit mangels Tätervorsatzes plädiert auch Stoll,[66] der zu diesem Resultat auf Grund einer irrtümlichen Auffassung vom Wesen der mittelbaren Täterschaft gelangt. Er hält nämlich mittelbare Täterschaft nur dann für möglich, „wenn der Anstiftende die Werkzeugsqualität der Mittelsperson kennt; denn nur dann kann von einer Benutzung im richtigen Sinne des Wortes die Rede sein, nur dann handelt der Anstifter mit dem Täterwillen und will unter Benutzung der Werkzeugsqualität des Anderen die Tat selbst begehen, nur in solchem Falle ist die Sachlage keine andere, als wenn jemand mittels besonderer Kräfte, die er sich dienstbar gemacht hat, einen verbrecherischen Erfolg herstellt, den er ohne Zuhilfenahme dieser Kräfte nicht hätte bewirken können." Stoll klammert sich hier an den Ausdruck „Werkzeug" und zieht aus ihm die Konsequenz, daß man ein Werkzeug nur „benutzen" kann, wenn man es als Werkzeug erkennt. Es ist aber nicht richtig, daß man nur ein Werkzeug benutzen kann, das man als solches erkennt. Wir bedienen uns häufig eines Gegenstandes oder einer Kraft zu einem Erfolg, ohne ihre Werkzeugsqualität zu erkennen, die wir erst nach Eintritt des Erfolges zu unserer Ueberraschung zur Kenntnis nehmen. Trotzdem nehmen wir keinen Anstand, in diesem Falle von der Benutzung eines Werkzeuges zu sprechen.

Eine kleine Gruppe von Autoren glaubt versuchte Täterschaft annehmen zu müssen, ohne daß aber einer von ihnen seine Auffassung begründet.[67] Es erübrigt sich daher, näher darauf einzugehen, zumal bei unserem Falle sämtliche typischen Begriffsmerkmale des Versuchs fehlen,

66) S. 39, n, 1.
67) Hälschner, S. 334, Geib, S. 377, Langenbeck, S. 183, N. 1, Köhler, S. 315, Ortmann, G.S., 28, S. 91.

so daß es ziemlich unklar bleibt, wie man zu diesem Resultat kommen kann.

Weit verbreiteter ist die Ansicht, unser „Anstifter" könne wegen fahrlässiger Täterschaft bestraft werden.[68] Merkwürdigerweise fehlt auch bei den Schriftstellern, die diese Auffassung vertreten, eine nähere Begründung. Die Möglichkeit der Bestrafung wegen fahrlässiger Täterschaft wird allerdings ausdrücklich oder stillschweigend auf die Fälle beschränkt, in denen der „Anstifter" die Unzurechnungsfähigkeit des Mitwirkenden hätte erkennen können, d. h. also, sich infolge Fahrlässigkeit über die Unzurechnungsfähigkeit in Unkenntnis befindet. Es liegt im Wesen der Fahrlässigkeit, daß sie nur dort in Erscheinung treten kann, wo der Vorsatz fehlt. Fahrlässig kann nur der handeln, der den Erfolg oder die Unerlaubtheit seines Verhaltens nicht vorausgesehen hat, oder zum mindesten bestimmt darauf vertraut hat, daß der Erfolg nicht eintreten, sein Verhalten nicht unerlaubt sein werde. Sobald mit der Möglichkeit des Eintritts des Erfolges oder der Unerlaubtheit eines Verhaltens gerechnet wird, ist schon Vorsatz und zwar als dolus eventualis gegeben. In unserem Falle ist vorausgesetzt, daß jemand vorsätzlich einen Unzurechnungsfähigen zu einem Delikt veranlaßt hat. Bei Prüfung der Frage, ob er trotzdem das Delikt in fahrlässiger Täterschaft begangen hat, kann es zunächst nicht zweifelhaft sein, daß er sein Verhalten für unerlaubt gehalten hat. Es fragt sich also, ob er in Unkenntnis darüber war, daß sein Verhalten nicht den tatbestandsmäßigen Erfolg verwirkliche, wobei unter Erfolg die Tatumstände zu verstehen sind, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Er hätte also m. a. W. die Tragweite seines Verhaltens in tatsächlicher Hinsicht nicht voraussehen dürfen. Wenn A. den geisteskranken B. vorsätzlich veranlaßt, den C. zu töten, so ist er aber, mag er von der Geisteskrankheit des B. wissen oder nicht, sich voll bewußt, daß sein Verhalten den Tod des C. zur Folge hat. Er hat also die Tragweite seines Verhaltens in tatsächlicher Hinsicht richtig abgeschätzt. Etwas anderes ist es, ob er die Tatumstände

68) Geyer, G.A., Bd. 16 S. 603, Horn, G. S. Bd. 54, S. 376, Wuffig S. 108 f., Berolzheimer, S. 33 f., Hergt, S. 104 f., S. 135, Birkmeyer, S. 132 f., Lehmann S. 32, Schönzeler, S. 30; die älteren Auflagen von Frank.

richtig unter die gesetzlichen Begriffsmerkmale subsumiert hat. Daß letzteres nicht erforderlich ist, braucht nicht erörtert zu werden. Da also der für die Fahrlässigkeit typische Voraussichtsmangel nicht gegeben ist, ist für die Fahrlässigkeit kein Raum, ohne daß deren weitere Voraussetzungen zu prüfen wären. Die Autoren, die es ablehnen, unseren „Anstifter“ als mittelbaren Täter zu bestrafen, und einen Ausweg in der fahrlässigen Täterschaft finden, sollten sich auch klar sein, daß sie auf diesem Umwege die mittelbare Täterschaft durch die Hintertür wieder hereinlassen. Da der Unzurechnungsfähige die Tat unmittelbar ausführt, wäre der die Tat Veranlassende eben nur fahrlässig mittelbarer Täter. Es wäre aber auch ungerecht, wenn man jemand, der mit Hilfe eines Dritten den Tatbestand eines Deliktes verwirklicht und vorsätzlich den verbrecherischen Erfolg verursacht, deshalb nur wegen Fahrlässigkeit bestrafen wollte, weil er sich in einer Eigenschaft seines Mitwirkenden getäuscht hat.

Zur Bestrafung unseres „Anstifters“ wegen Anstiftung muß man kommen, wenn man wie Hoegel[69] die akzessorische Natur der Teilnahme im Sinne einer Abhängigkeit von der strafrechtlichen Schuld des Täters leugnet. Man kann aber die Akzessorietät der Teilnahme nicht mit der Begründung ablehnen, daß auch der Unzurechnungsfähige mit Vorsatz handeln könne. Ihm fehle lediglich die strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine Handlung, die im übrigen alle begrifflichen Merkmale der Straftat in sich schließe, behauptet Hoegel. Dem unverantwortlichen Täter Vorsatz abzusprechen, bedeute eine Vermengung von Vorsatz und Verantwortlichkeit. Vorsatz und Verantwortlichekit sind aber im Strafrecht insofern unlöslich miteinander verbunden, als grundsätzlich nur der verschuldete Erfolg strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich zieht. Dieser Satz ist nur durch vereinzelte Ausnahmen, die durch den Erfolg qualifizierten Delikte, durchbrochen. Es ist Hoegel ohne weiteres zuzugeben, daß auch beim Unzurechnungsfähigen der Wille zu töten vorhanden sein kann und daß auch die Ausführungshandlung diesem Willen entsprechen kann. Der natürliche Wille, der in der Sprache des täglichen Lebens als Vorsatz in Erscheinung tritt, und der strafrechtliche Vorsatz sind aber

69) S. 651 f.

ihrem Wesen nach völlig verschieden. Der Sprachgebrauch des Lebens kann seinen Vorsatzbegriff in einer rechtlich oder sittlich gänzlich neutralen Bedeutung verwenden. Der strafrechtliche Vorsatzbegriff wird aber nach der herrschenden Lehre zur Bezeichnung einer Schuldart verwendet.[70] Es ist also keine Vermengung von Vorsatz und Verantwortlichkeit, wenn man aus den Beziehungen, die diese beiden Begriffe verknüpfen, die Folgerung zieht, daß der Unzurechnungsfähige nicht mit strafrechtlichem Vorsatz handeln kann. Warum im übrigen an der akzessorischen Natur der Anstiftung festgehalten werden muß, ist schon oben unter I, 4, b dargelegt worden.

Zu demselben Resultat, nämlich zur Bestrafung wegen Anstiftung kommt Oppler.[71] Nach ihm ist mittelbare Täterschaft nur möglich, wenn der Täter den Unzurechnungsfähigen als solchen erkannt hat, weil nur der mit Bewußtsein als Werkzeug in Bewegung gesetzte unmittelbare Täter zum bloßen Werkzeug herabsinkt. Wir sehen hier dieselbe Verkennung des Werkzeugbegriffs wie bei Stoll. Die Annahme strafbarer Teilnahme an der Tat eines Unzurechnungsfähigen macht Oppler deshalb keine Schwierigkeiten, weil § 51 St.G.B. nach ihm nur einen persönlichen Strafausschließungsgrund enthält. Der Wortlaut des § 51: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden" und der strafrechtliche Schuldbegriff, mag man ihn definieren wie man will, zwingen uns, die Unzurechnungsfähigkeit als Schuldausschließungsgrund anzuerkennen.[72] Strafbare Teilnahme an der Tat eines Unzurechnungsfähigen ist daher ausgeschlossen. Die anderen Autoren, die die Bestrafung wegen Anstiftung fordern, setzen sich mit diesem Problem nicht näher auseinander. Sie begnügen sich damit, die Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft wegen mangelnden Täterwillens abzulehnen.[73]

Auch die Schriftsteller, die die hier vertretene Auffassung teilen, daß der den Unzurechnungsfähigen zur Tat Veranlassende, als mittelbarer Täter zu behandeln ist, weichen in der Begründung von einander ab. Nach Wachen-

70) Vergl. Liszt-Schmidt, § 39 n. 1, S. 237.
71) S. 387 f.
72) So auch die herrschende Lehre, vgl. Frank § 51, IV.
73) So Schreiber, S. 24 f., Oetker, S. 131, A, 9, v. Buri, S. 68, Coenders, S. 261, Perken, S. 174 f., Köhler, S. 497.

feld[74] ist der Kausalverlauf Gegenstand des Irrtums. Wenn A. den vermeintlich zurechnungsfähigen tatsächlich aber unzurechnungsfähigen B. zur Tötung des C. veranlaßt hat, so „irrte er nur über die Modalitäten der Herbeiführung des Erfolges. Er hatte an eine Unterbrechung der Kausalkette in B. geglaubt, während tatsächlich eine solche Unterbrechung nicht stattfinden konnte. Sein Irrtum ist ein Irrtum über den Verlauf der Kausalkette". Ein vorhandener Kausalzusammenhang kann aber, wie schon oben unter I, 2 dargelegt worden ist, durch das Hinzutreten eines vorsätzlich Handelnden nicht unterbrochen werden, Der Irrtum kann sich also nicht auf einen Vorgang, die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges beziehen, der nicht existiert. Unklar bleibt die Stellungnahme von Frank. Nach ihm erstreckt sich ebenfalls der Irrtum des Handelnden auf sein Bewußtsein von der kausalen Bedeutung seines Tuns. Frank,[75] der die hier abgelehnte Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung verwendet, behauptet, daß er verursache, während er eine Bedingung zu setzen glaube. Er habe also mehr getan, als seinem Vorsatz entspreche, und das Plus dürfe ihm nicht angerechnet werden. Man dürfe ihn aber auch nicht einen Vorteil daraus ziehen lassen. Er bleibe daher in dem Maße haftbar, wie er es als Anstifter gewesen wäre, es treffe ihn also die Täterstrafe. Wie ist das zu verstehen? Anstifter ist der den Unzurechnungsfähigen zur Tat Veranlassende nicht, kann er nach Frank auch nicht sein, da dieser strafbare Teilnahme an der Tat eines Unzurechnungsfähigen ablehnt. Täter ist er auch nicht, weil ihm der Tätervorsatz angeblich fehlt. Trotzdem trifft ihn die Täterstrafe. Eine Handhabe, diesen offenbaren Widerspruch zu klären, bieten die Ausführungen von Frank nicht.

II, 3. Die Strafgesetzentwürfe.

Die Behandlung der Lehre von der Teilnahme in den Entwürfen zu einem neuen St.G.B. ist beeinflußt durch eine Reformbewegung, die schon lange vor der Inangriffnahme der Arbeiten zu den Entwürfen einsetzte, und die vor allem darauf abzielte, die akzessorische Natur der Teil-

74) S. 131 f.
75) Vorbem. zum 3. Abschnitt II, 1.

nahme entweder ganz zu beseitigen oder doch wenigstens die extrem-akzessorische Natur der Teilnahme in die limitiert-akzessorische zu verwandeln. Die konsequente Durchführung dieser Form der Akzessorietät beseitigt auch für unser Problem alle Streitfragen. Sobald es für den Begriff der Anstiftung ausreicht, daß der Täter einen gesetzlichen Tatbestand rechtswidrig erfüllt hat, ist unser „Anstifter", mag der Täter zurechnungsfähig sein oder nicht, mag der ihn Veranlassende das wissen oder nicht, immer als Anstifter zu bestrafen.

Der Vorentwurf von 1909 vermochte hierin noch keine Klarheit zu schaffen. Er bestimmt in seinem 7. Abschnitt unter dem Titel „Teilnahme" folgendes:

> „§ 78: Wer den Täter zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat, wird als Anstifter gleich dem Täter bestraft.
>
> § 80: Persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse, die die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschließen, werden nur hinsichtlich desjenigen berücksichtigt, bei welchem sie vorliegen."

Das bedeutet also, daß die Schuldausschließungsgründe in den persönlichen Strafausschließungsgründen aufgegangen sind.[76] Damit wäre also anstelle der extrem-akzessorischen Natur der Teilnahme die limitiert-akzessorische getreten.[77] Merkwürdigerweise ist die Begründung des Vorentwurfs[78] gegen diese Annahme. Sie behauptet nämlich, daß der § 80 keine sachliche Aenderung des bisherigen § 50 bedeute und daß die Aufnahme der Gründe, die die Strafbarkeit ausschließen, wie z. B. die Aszendenteneigenschaft beim Diebstahl nichts Neues einführe, weil diese Konsequenz schon bisher von der Rechtsprechung gezogen sei. So kommt es, daß die Auffassung vertreten wurde, nach dem § 80 sei materiell alles beim Alten geblieben.[79]

Auf die Bestimmungen des Kommissionsentwurfes einzugehen, besteht hier wohl kein Bedürfnis, weil sie für die Entwickelung unseres Problems ohne Bedeutung sind.

Der Entwurf von 1919 hat zwar nicht grundsätzlich, wie die Einzelbestimmungen der §§ 26, Abs. 2, Satz 2;

---

76) Vergl. auch Begründung des Vorentwurfes, S. 224.
77) M. E. Mayer, Aschrott-Liszt, S. 355 f., Auerbach, S. 18 f.
78) S. 313.
79) Scholz S. 38.

28, Abs. 1, Satz 2; 29,. Abs. 1, Satz 2 zeigen, aber praktisch die limitiert-akzessorische Form der Teilnahme eingeführt. Eigenartig ist die Behandlung der Irrtumslehre in Verbindung mit dem Begriff der mittelbaren Täterschaft. § 26, Satz 3 bestimmt, daß mittelbare Täterschaft auch dann vorliegt, wenn sich nachträglich ergibt, daß der andere in Wahrheit die Straftat vorsätzlich begangen hat und zurechnungsfähig ist. Damit ist aber zugleich der Tatbestand der Anstiftung erfüllt. Diese beiden Tatbestände konkurrieren also infolge der subjektivistischen Einstellung des Entwurfes in durchaus unhaltbarer .Weise. Das Kriterium bildet lediglich die innere Willensrichtung des Handelnden. Eine solche „Putativtäterschaft" ist natürlich abzulehnen.

§ 28, Abs. 1, Satz 2 bestraft als Anstiftung, wenn sich nachträglich ergibt, daß der Angestiftete in Wahrheit nicht vorsätzlich gehandelt hat oder nicht zurechnungsfähig war. Hier sehen wir die Verwirklichung des Gedankens von der limitiert-akzessorischen Form der Teilnahme. Es ist daher m. E. nicht richtig, hier, wie Gerland[80] es tut, in demselben Sinne von „Putativanstiftung" zu sprechen, wie oben von „Putativtäterschaft". Denn es ist etwas anderes, ob man die extrem-akzessorische Form der Teilnahme aufgibt, oder ob man durch die oben geschilderte „Putativtäterschaft" eine den grundlegenden Begriffen der Täterschaft völlig fremde Form einer Nebentäterschaft einführt.

Für die Behandlung der Teilnahme im Amtlichen Entwurf von 1925 ist zunächst charakteristisch, daß er auf dem Standpunkt der objektiven Theorie steht[81] und ausdrücklich die limitiert-akzessorische Form der Teilnahme einführt.[82] Vor allem ist aber der Begriff der mittelbaren Täterschaft so gut wie beseitigt.[83] Nach § 25 wird als Anstifter gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine strafbare Handlung ausführt. Aus dieser Fassung des Anstifterparagraphen, der das im R.St.G.B. verwendete Wort „bestimmen" durch „veranlassen" ersetzt, in Verbindung mit dem § 27 des Entwurfs ergibt sich, daß die

80) Kritische Bemerkungen zum E. 1919, S. 30 ff.
81) Für die Beihilfe von Gerland, Der E. 1925, S. 56, bestr.
82) Gerland a. a. O. S. 53, der behauptet, daß das Prinzip der Akzessorietät radikal beseitigt sei, identifiziert dieses offenbar mit der extrem-akzessorischen Form.
83) Begründung S. 26 f. Einige wenige Fälle, in denen diese Konstruktion noch gebraucht wird, werden von Wegner in Aschrott-Kohlrausch S. 112 f. angeführt.

Fälle, die bisher als mittelbare Täterschaft behandelt wurden, nunmehr unter den Begriff der Anstiftung fallen. Der mit „Selbständige Strafbarkeit des Teilnehmers" überschriebene § 27 lautet nämlich:

> „Die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehilfen ist unabhängig von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt."

Die Ueberschrift des § 27 ist allerdings irreführend. Eine selbständige Bestrafung des Teilnehmers kennt der Entwurf 1925 nicht. Voraussetzung für die Strafbarkeit des Teilnehmers ist immer noch, daß die Haupttat Deliktscharakter hat, wozu natürlich Rechtswidrigkeit der Tat gehört. Nur darf der Angestiftete auch wegen Unzurechnungsfähigkeit straffrei bleiben. Der Irrtum des Anstifters über die Zurechnungsfähigkeit des Angestifteten wird also ausdrücklich für unerheblich erklärt.

Die gleiche Behandlung wie in den §§ 25, 27 des Entwurfes von 1925 erfährt unser Problem in den entsprechenden §§ 29, 31 des Entwurfs von 1927.

Lebenslauf.

Ich bin am 24. 6. 1904 in Zabrze, jetzt Hindenburg OS., geboren. Bis Ostern 1923 besuchte ich das humanistische Gymnasium in Hindenburg. Ich studierte dann die Rechts- und Staatswissenschaften in München und Breslau, wo ich am 4. 11. 1927 das Referendarexamen bestand. Seitdem befinde ich mich im Vorbereitungsdienst in Hindenburg.